

Köttgen,

Zulässigkeit der Bürgschaft ohne Hauptschuld.

Dissertation.

1876.

Germany

Zulässigkeit der Bürgschaft ohne Hauptschuld.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der hohen juristischen Fakultät
der Königl. Bayer. Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen
eingereicht von

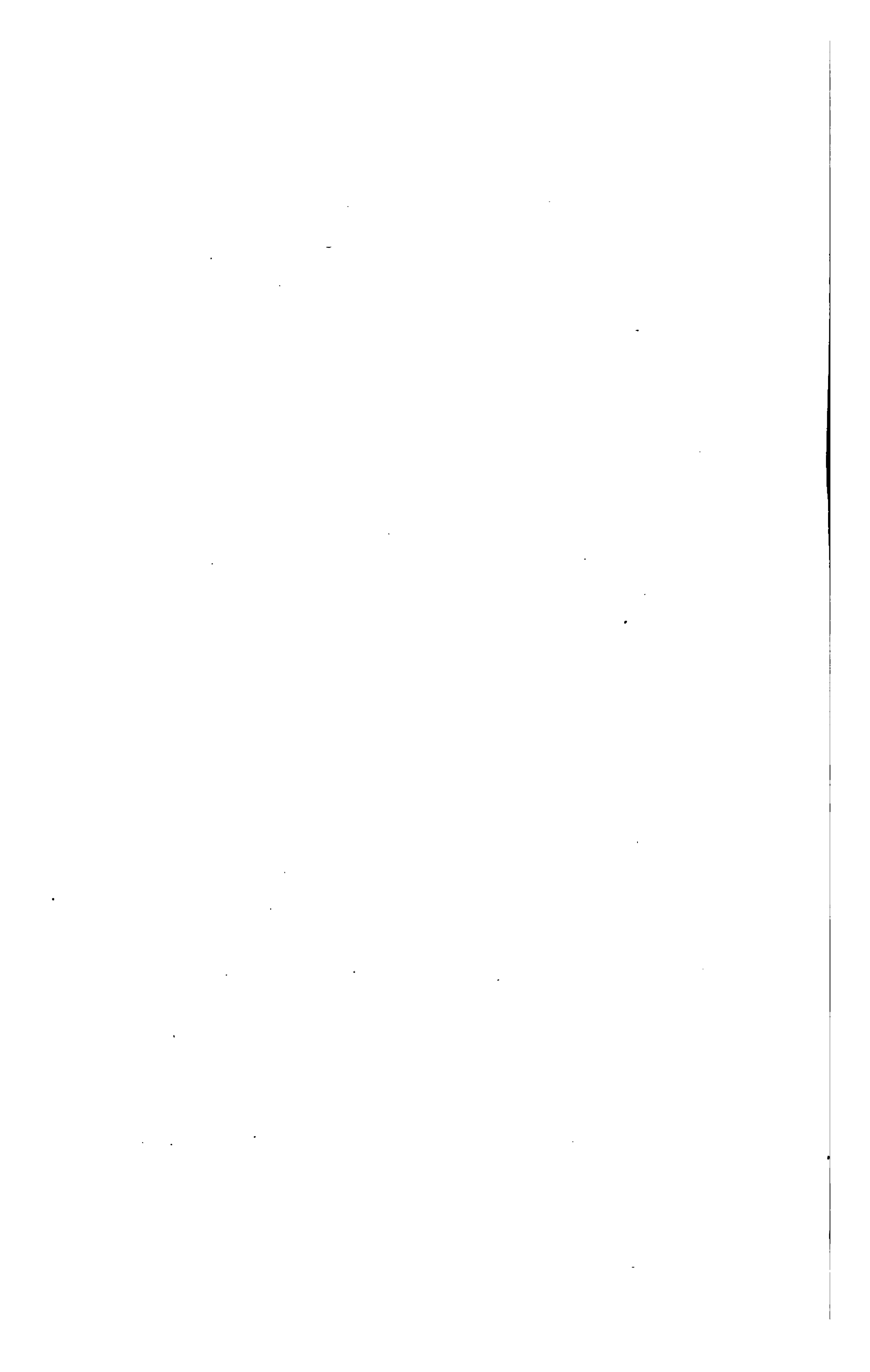
Emil Köttgen,
Gerichtsreferendar
aus Bonn.

BONN 1896.
Buchdruckerei Jos. Bach Wwe.

10/28/37

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.



Inhalts-Uebersicht.

α) sie ist eine obligatio naturalis,

β) sie ist durch solche Einreden entkräftet, welche sie klagbar bestehen lassen.

x] Regelmässig gehen alle Einreden auf den Bürgen über.

y] Nur dann gehen sie ausnahmsweise nicht über, wenn der Bürge auf sie freiwillig verzichtet.

z] niemals hat der Bürge die Einrede aus dem beneficium competentiae.

(§ 4.) 2. Die Hauptschuld ist weniger extensiv als die Bürgschaftsschuld, indem sich der Bürge in duriorem causam verpflichtet,

α) auf mehr

β) unter erschwerenden Nebenbestimmungen.

(§ 5.) II. Kann eine Bürgschaftsschuld fortbestehen, wenn die Hauptschuld nach Eingehen der Bürgschaft untergeht?

A. Regelmässig fällt mit dem Untergang der Hauptschuld auch die Bürgschaft fort; Widerlegung der Gegenansicht.

(§ 6.) B. Ausnahmsweise bleibt die Bürgschaft vollwirksam bestehen

1) nach völligem Untergang der Hauptschuld in folgenden Fällen:

α) der Hauptschuldner kann durch Schuld des Bürgen nicht erfüllen und wird damit frei,

β) der Hauptschuldner fällt fort, ohne aktives Vermögen zu hinterlassen und ohne einen Universalsuccessor zu erhalten.

γ) Die Hauptschuld geht durch eine

total auffallende Einrede unter, auf welche der Bürge im Voraus verzichtet hat.

Hauptfall: Die Einrede aus der restitutio in integrum.

δ) Dagegen bleibt bei Confusion von Haupt- und Bürgschaftsschuld diese niemals allein bestehen. Ist sie weniger wirksam als die Hauptschuld, werden beide aufrecht erhalten.

(§ 7.) 2. nach teilweisem Untergang der Hauptschuld in folgenden Fällen:

α) die Hauptschuld wird zu einer obligatio naturalis.

β) Es entstehen Einreden gegen die Hauptschuld, welche sie klagbar bestehen lassen. Diese erhält der Bürge ausnahmsweise nicht, weil

y] er im Voraus darauf verzichtet hat,

z] gewisse Einreden nicht, weil sie auf den Bürgen nicht übergehen können.

Einleitung.

§ 1.

A. Bürgschaft — das bedeutet Nebenschuld — ist begriffs- und regelmässig von einer Hauptschuld abhängig. Die „Existenz der Hauptforderung ist Bedingung“ für die Bürgschaftsschuld; fällt die Bedingung aus, so ist der Vertrag nichtig. (Bähr, S. 28.)

B. Entsprechend dieser Auffassung sehen wir die in der Arbeit zu behandelnden Fälle als Ausnahmen an. Auch scheinbare Ausnahmen sind möglich, nämlich, wenn sich in der Bürgschaftsform thatsächlich ein fremdes Geschäft versteckt.

Ausführung.

§ 2.

Eine derartige Scheinbürgschaft liegt vor bei der wissentlichen „Verbürgung“ für eine von Anfang an nicht vorhandene Hauptschuld.

In Rom war eine solche „Bürgschaft“ nur in der Form des mandatum qualificatum möglich. Der Mandator war in diesem Falle Hauptschuldner, der „suum solvit et suo nomine“ (l. 28 D. mand. 17,1; vgl. l. 13 pr. D. de min. 4,4; l. 12 § 13 D. mand. 17,1; von Helmolt, S. 97—98). Hatten aber die Parteien eine

fideiussio oder ein constitutum debiti alieni abgeschlossen, ohne dass eine — zum mindesten formell (ipso iure) giltige (l. 37 D. h. t.) — Hauptschuld vorhanden war, so kam überhaupt kein Rechtsgeschäft zu Stande. Der Vertrag war völlig wertlos. l. 6, § 2 D. h. t.:

„dummodo sit aliqua vel naturalis obligatio;

l. 18 § 1 D. de pec. const. 13,5:

„eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse“.

Anders heute. Unsere Verträge sind formlos. Wir müssen daher, wenn nicht die Sonderbedingungen eines Creditauftrags gegeben sind, wenn die Absicht der Parteien auf ein giltiges und nicht rechtswidriges Geschäft gerichtet ist, die wissentliche „Verbürgung“ für eine nichtige Hauptschuld als ein fremdes Rechtsgeschäft aufrecht erhalten. Der juristische Charakter dieses Vertrages ist alsdann je nach der causa verschieden: so kann vorliegen eine Schenkung, Schuldübernahme, Garantieversprechen u. s. w. (Stammler, S. 38—39).

Wir geben Bruns nicht zu, dass hier eine echte Bürgschaft vorliegt. Und wenn er zur Unterstützung seiner Ansicht auf die fideiussio für eine durch Einrede entkräftete Verbindlichkeit verweist, so erkennen wir für unser heutiges Recht auch in diesem Falle eine echte Bürgschaft nur soweit an, als die Einrede die Hauptschuld hat bestehen lassen. Wir bestreiten Bruns schliesslich das Bedürfniss nach einer Erweiterung des Bürgschaftsbegriffes, da wir mit der Annahme einer Selbstschuldnerschaft dasselbe erreichen.

Der wissentlichen „Verbürgung“ für nichtige Hauptforderung liegt vielleicht gar kein Hauptvertrag zu Grunde, vielleicht ein ungiltiger Hauptvertrag. Ein

Beispiel für eine objectiv ungiltige Hauptschuld giebt l. 37 D. h. t. (vorausgesetzt, dass wir eine verjährte Hauptschuld als völlig untergegangen betrachten dürfen; s. Windscheid I, 7. Aufl., S. 317 fg.; Baron, Pand. S. 177).

Es heisst da:

„si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est.“ Wer sich aus Irrthum für eine verjährte Hauptschuld verbürgt, ist nicht verpflichtet; wir dürfen wohl den Satz umdrehen und sagen: wer es wissentlich thut, ist verpflichtet. Das römische Recht freilich erklärte in diesem Fall die Fideiussio nur deshalb für zulässig, weil formell eine Hauptschuld vorhanden war. Wir dagegen werden eine Hauptschuld überhaupt nicht mehr anerkennen und die wissentliche Verbürgung für eine verjährte und nicht erneuerte Hauptschuld nur als besonderes Abkommen zu Gunsten des Gläubigers gelten lassen.

Dieselbe Auffassung vertreten wir, wenn eine Hauptschuld subjectiv ungiltig ist, wegen Dispositionsunfähigkeit des Hauptschuldners nicht zu Stande kommt. Die fideiussio war in diesem Falle nichtig: „si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia . . . . (l. 70 § 4 D. de fidei).

Für unser heutiges Recht liegt u. a. ein Erkenntniss des A. G. zu Celle vom Mai 69 in Seuffert's Archiv (Band 27, S. 223—24) vor, das die Verbürgung für einen Geisteskranken als „neue und selbstständige Verpflichtung des Beklagten“ aufrecht erhält.

Die gleiche Ansicht haben die Motive zum Entwurf (S. 662 u. 63).

§ 3.

I. Wir wenden uns zu den Fällen, in denen die Hauptschuld der Bürgschaftsverpflichtung nicht gleichwertig, schwächer ist. So ist möglich eine vollwirksame Bürgschaft für eine obligatio naturalis: „Conveniens est huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse". (l. 7 D. h. t. u. a. m.) Vollgültig ist die wissentliche Verbürgung für naturale Hauptschuld also jedenfalls. Aber ist sie auch in ihrem ganzen Umfange echte Bürgschaft? Wir glauben: nein! Denn „der Bürge soll den Gläubiger gegen die Zahlungsunfähigkeit resp. gegen die Zahlungsunlust Seitens des Schuldners sichern; keineswegs soll die Forderung durch die Bürgschaft in ihrer juristischen Qualität etwas gewinnen". (Baron, Kr. V., S. 43).

Wir sehen daher in der vollwirksamen Verbürgung für naturale Hauptschuld zum Theil eine echte Bürgschaft, zum Theil ein fremdes Geschäft. Zum Schluss sei bemerkt, dass Unterholzner (II, S. 804), Vangerow (III, S. 153), Windscheid (II, S. 797/9) und andere Schriftsteller nur den nicht regressberechtigten Bürgen vollwirksam haften lassen, indem sie die einschlägige Bestimmung der l. 9 § 3 de S. C. Mac. 14,6 auf alle Fälle der Naturalobligation ausdehnen.

II. Ebenso wie für eine naturale Hauptschuld ist selbstverständlich vollwirksame Verbürgung für eine durch Einreden geschwächte, aber klagbar gebliebene Obligation zulässig. Wir werden gut thun, sogleich jetzt die Frage zu entscheiden, ob und wie weit die Einreden aus der Person des Hauptschuldners auf den Bürgen übergehen. Erst dann nämlich lässt sich der

Charakter der Bürgschaft für eine durch Einrede geschwächte Verbindlichkeit richtig beurtheilen.

IIa. Wir glauben, dass die Einreden regelmässig auf den Bürgen übergehen. Anderer Meinung sind Girtanner und Geib. Sie lassen — von einzelnen Ausnahmen abgesehen — den nicht regressberechtigten Bürgen mit Nothwendigkeit auf die Einreden des Hauptschuldners verzichten: wo kein Regress, da keine Einrede. (Die nachfolgende allgemeine Besprechung wird, um Wiederholungen zu vermeiden, die Streitfrage prinzipiell auch für die erst später entstehenden Einreden entscheiden). Den Zusammenhang zwischen Regress- und Einrederecht sucht Girtanner folgendermassen zu erklären (S. 517 fg.): Schon in der Eingehung der Bürgschaft liegt regelmässig die negotiorum gestio, die Ausführung des mandatum. Mit der Ausführung entsteht die actio mandati (negotiorum gestorum) contraria auf Entschädigung, auf Schutz gegen die aus der Verbürgung bereits erwachsenen Nachtheile. Der dominus negotii muss sein möglichstes thun, um diesen Schutz zu gewähren, namentlich also seine Einreden auf den Bürgen übertragen u. s. w. Diese Ausführung ist — von einzelnen Ausnahmen abgesehen, vergl. l. 38 § 1 D. mand. 17,1 — unrichtig. Denn, wenn der Geschäftsherr sein möglichstes thun muss zum Schutz des Bürgen, so genügt die blosse Uebertragung der Einreden nicht. Vielmehr kann der Mandatar (negotiorum gestor) nach Erfüllung seiner Verbindlichkeiten verlangen, dass ihm auch diejenigen bürgschaftlichen Verpflichtungen, gegen welche ihn die Einrede nicht schützt, d. h. alle abgenommen werden. Die Bürgschaft wird illusorisch, sie fällt auf den bürgschaftsbedürftigen Hauptschuldner zu-

rück. (vgl. Hasenbalg S. 296—304.) Nicht besser einleuchten kann uns die Begründung Geib's. Es heisst bei ihm: „Wer als Mandatar oder negotiorum gestor des Hauptschuldners die fideiussio eingeht, der will sich dem Gläubiger nicht zu einer Leistung verpflichten, die dem Interesse des Hauptschuldners gar nicht entspricht.“ (S. 109). Dagegen geschieht dem fideiussor, der den Hauptschuldner durch die Uebernahme der fideiussio nicht obligieren will oder kann, kein Unrecht, wenn angenommen wird, dass er dem Gläubiger alle Sicherheit habe leisten wollen, die fideiubendo für die betreffende Hauptschuld erbracht werden konnte. (S. 112.) Den ersten Satz geben wir zu. Aber warum ihn auf den Mandatar und negotiorum gestor beschränken?

Will denn der nicht regressberechtigte Bürge sich dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichten, die dem Interesse des Hauptschuldners nicht entspricht? Will z. B. derjenige, welcher schenkungsweise auf den Regress verzichtet hat, d. h. den Hauptschuldner beschenken will, auch den Gläubiger beschenken? Wir verweisen gegenüber einer derartigen „Annahme“ noch einmal auf die bei Hasenbalg (S. 305 fg.) und Baron (Kr. V. S. 43) angeführten Gegengründe: der freiwillige oder nothwendige Verzicht des Bürgen auf Rückgriff ist für den Gläubiger „res inter alios acta, quae aliis nec prodest nec nocet.“ Der Gläubiger wird von dem Verzicht zumeist nicht wissen, zumal dann, wenn er erst später erfolgt ist. „Der Bürge soll den Gläubiger gegen die Zahlungsunlust Seitens des Schuldners sichern.“ Darüber hinaus gehende Versprechungen d. h. in unserem Falle ein Verzicht auf die Einreden gegen den Gläubiger sind als Bürgschaft nicht mehr aufzufassen und lassen sich nur aufrecht erhalten, wenn der Bürge nach-

weisbar ein andersartiges Geschäft zu Gunsten des Gläubigers gewollt hat.

Dass ein solches Geschäft nach römischem Recht schon als fideiussio in duriorem causam nichtig sei, können wir Baron (S. 43) für den besonderen Fall des Einredenverzichts freilich nicht zugeben, denn die Quellen erlauben ausdrücklich eine wissentliche fideiussio zur Sicherung gegen spätere Einreden (l. 13 pr. D. de minor. 4,4; Baron Pandekten S. 468) und ebenso eine fideiussio für verjährte Hauptschuld (l. 37 D. h. t.).

Zur Widerlegung der gegnerischen Ansicht kommen wir auch ohne das. Es genügt der Hinweis auf den Willen des Bürgen, und der ist regelmässig auf eine Haftung blos im Umfang der Hauptschuld gerichtet.

Die von den Gegnern zur Unterstützung aufgeführten Quellenstellen teilen wir praktisch in solche, die wir für beweisend nicht erachten, und solche deren Beweiskraft wir nur für die allgemeine Entscheidung vorliegender Streitfrage leugnen. Stellen der ersteren Art sind hauptsächlich folgende:

1) l. 46 D. h. t. „fideiussor quoque liberatur, eo magis quod per eiusmodi actionem ad reum pervenitur“ (Vgl. Girtanner S. 43—44). Angenommen, die Stelle passt im übrigen hierher; aber wozu die Worte: eo magis? Sagen sie nicht: jeder fideiussor wird befreit, und das Rückgriffsrecht lässt diese Befreiung noch gerathener erscheinen?

2) § 4 J. de replic. 4,14: „exceptiones plerumque accommodari solent etiam fideiussoribus, quod debitor mandati iudicio redditurus est . . “

Man hat diese Stelle auf mancherlei Weise unschädlich zu machen gesucht. So sagt Vangerow

(S. 53—54), die Stelle bewiese nur, dass der regressberechtigte Bürge die Einreden habe, aber nicht, dass andere Bürgen davon ausgeschlossen seien, nicht, dass der Regress der einzige Grund zur Uebertragung der Einreden sei. Man kann ferner sagen, der Verfasser hat nur an den häufigsten Fall gedacht u. dgl. Aber selbst wenn man alle diese Erklärungsversuche abweist, so wird trotzdem die Bedeutung der Stelle durch die vielen entgegenstehenden Quellenaussprüche mehr als aufgehoben (siehe dieselben bei Windscheid S. 797, Anmkg. 6, bei Baron Pandekten S. 468 Anmkg. 8a).

3) Die von Geib auf Seite 111 citierten Fälle notwendigen Verzichts auf Rückgriff sprechen zumeist gar nicht von der Frage, ob die Einreden bei Mangel des Regresses nicht übergehen. So l. 6 § 2, § 3 D. mand. 17,1, l. 40 D. eod. u. s. w. Nur l. 25 D. h. t. scheint auf einen Zusammenhang zwischen Regressrecht und Schutz des Bürgen hinzuweisen:

„Marcellus scribit, siquis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit". Leider hat die Stelle in vorliegender Form nur wenig Ansehen, denn sie erlaubt eine fideiussio für eine nicht einmal formell vorhandene Hauptschuld, ist also offenbar unrichtig. Wenn Geib (S. 92, Anmkg. 3) die Stelle für sich zu retten sucht, indem er an eine „auch den Handlungsunfähigen treffende obligatio ex re, ex eo quod ad aliquem pervenit" denkt, so können wir seiner Erklärung nicht beistimmen, denn die obligationes ex re sind doch jedenfalls Minderheits-, Ausnahmefälle, während die Gesetzesworte ganz allgemein gesagt sind (vgl. Pernice, Abh. der K. A. d. W. in

Berlin (1886) S. 1191, citiert bei Geib, S. 92,3; Dernburg Pandekten S. 206 fg.).

Während wir den bisher erörterten Quellenstellen irgend welche Beweiskraft nicht zugestehen können, werden wir die nun folgenden — wenn auch nicht als Regelbeispiele, so doch als Ausnahmen von der Regel — anerkennen müssen. Dazu gehören:

1) l. 9 § 3 D. de S. C. Mac. 14,6: „fideiussori quoque succurritur, nisi forte donandi animo intercessit: tunc enim, cum nullum regressum habeat, senatus consultum locum non habebit“.

Diese Entscheidung, dass nur der regressberechtigte Bürge die Einrede aus dem sc. Macedonianum haben soll, ist nirgends widerrufen, nicht umzudeuten und richtig. Eine Erklärung gibt Baron (Kr. V. S. 44).

2) l. 5 pr. D. de lib. leg. 34,3 und l. 32 D. de pact. 2,14: „Si mandati actio nulla sit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori“ pacti den non petendo.

Auch diese beiden Stellen sind unbestreitbar. Auf das vom Hauptschuldner abgeschlossene pactum de non petendo kann sich nur der regressberechtigte Bürge berufen! Und mit Recht; denn wie jede andere Obligation ohne Interesse des Gläubigers nichtig ist, s. Windscheid, II S. 4, so ist auch das pactum de non petendo nur soweit giltig, als das Interesse des Gläubiger-Hauptschuldners reicht.

Und ein Interesse an der Befreiung des nicht regressberechtigten Bürgen hat der Hauptschuldner regelmässig nicht. (vgl. Baron Kr. V. S. 44). Sollte diese Erklärung richtig sein, so ergiebt sich, dass wir es hier (und ebenso bei der exceptio sc. Macedoniani) mit Sonderbestimmungen zu thun haben, die aus besonderen

Gründen hervorgegangen sind und deshalb eine Ausdehnung auf die Beurtheilung der Streitfrage im Allgemeinen nicht zulassen. Wir verzichten darauf, die vielen Quellenstellen zu Gunsten unserer Ansicht aufzuführen, und verweisen hierfür auf Windscheid (II, S. 797, Anmkg. 6).

Als Ergebniss der Untersuchung für den vorliegenden Abschnitt finden wir, dass im allgemeinen jeder Bürge, auch der nicht regressberechtigte, die Einreden aus der Person des Hauptschuldners hat.

IIb. Selbstverständlich kann der Bürge auf die ihm zustehenden Einreden zu Gunsten des Gläubigers verzichten. Dass ein solcher Verzicht regelmässig nicht schon im Aufgeben der Regressansprüche liegt, ist im vorigen bereits erwähnt. Vielmehr wird man eine unzweifelhafte Erklärung dieses Verzichts verlangen müssen, denn er ist nicht begriffsnotwendig. Ein Bürge, der ihm zustehende Einreden ausschlägt, geht bloss zum Theil ein echtes Bürgschaftsversprechen, zum Theil „— soweit die Einrede dem Hauptschuldner Schutz gewährt — ein andersartiges, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilendes Schuldversprechen“ ein. (Motive, S. 662).

IIc. Nun giebt es aber, wie oben nachgewiesen, Einreden, auf die der Bürge nothwendig verzichten muss, die nicht auf ihn übergehen. Wir können hier nur eine von ihnen aufführen, da alle anderen — soweit sie in den Quellen behandelt sind — entweder eine Naturalobligation zurücklassen oder erst nach Eingehung der Bürgschaft entstehen. Es ist dies die höchst persönliche Einrede aus dem beneficium competentiae, eine Einrede, welche die Hauptschuld unberührt fortbestehen lässt und nur die Schuldvollstreckung hemmt (Wind-

scheid, II S. 797,7). Darum ist die Bürgschaft für eine Hauptschuld, der die Einrede aus dem beneficium competentiae entgegensteht, eine echte.

§ 4.

Eine zum Theil echte Bürgschaft sehen wir heute in der Verbürgung in duriorem causam. Während es im römischen Recht hiess: fideiussores, „si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit omnino non obligari.“ (l. 8 § 7, D. h. t.), so ist in unserem Recht, „bei der Formlosigkeit der heutigen Bürgschaft und bei der Klagbarkeit aller Verträge selbst diejenige Verabredung vollkommen wirksam, wodurch der Bürge absichtlich und geradezu mehr als den Betrag der Hauptschuld zu zahlen verspricht“. (Arndts S. 607, 610; vergl. Unterholzner II, S. 805; Windscheid II, S. 801).

Ebenso wie auf mehr kann man sich vollwirksam unter erschwerenden Nebenbestimmungen, z. B. für eine bedingte Schuld unbedingt u. dgl. verbürgen. In allen Fällen der Bürgschaft in duriorem causam ist die von den Parteien ausdrücklich gewollte Erschwerung als ein andersartiges Geschäft aufzufassen und gilt je nach ihrer causa als Schenkungs-, Entschädigungsversprechen u. s. w. Bis zum Betrage der Hauptforderung ist eine reine Bürgschaftsschuld vorhanden.

§ 5.

Wir wenden uns zum zweiten Hauptstück dieser Arbeit, zu der Frage, ob und wann nach Untergang der Hauptschuld die Bürgschaftsschuld fortbestehen kann.

Der Fall materieller Befriedigung des Gläubigers, die den Bürgen selbstverständlich befreit, bleibt von der folgenden Erörterung ausgeschlossen. Wir sind der Ansicht, dass principiell mit der Hauptschuld auch die Bürgschaft fällt, und werden wir in folgendem versuchen, die entgegenstehende Meinung Girtanner's und Hasenbalg's zu widerlegen.

Die gegnerischen Ausführungen verweisen zunächst auf das constitutum (Girtanner, S. 500), das — wie Girtanner sagt — bloss rücksichtlich seiner Entstehung accessorisch war, das „auch seinem Inhalte nach ganz mit der Fideiussio zusammenfallen konnte und heutzutage, soweit dies der Fall ist, gar nicht von der fideiussio unterschieden werden kann.“ Wir bestreiten diesen Satz selbst für den Fall, dass das constitutum debiti alieni heute nicht untergegangen, sondern mit der fideiussio verschmolzen sein sollte. Denn entweder haben wir ein constitutum debiti alieni älteren Rechts vor uns, das blos rücksichtlich seiner Entstehung accessorisch ist, dafür aber seinem Inhalte nach durchaus nicht mit der fideiussio zusammenfällt; oder es handelt sich um ein constitutum neueren Rechts, ein constitutum dessen, „was der Gläubiger vom Schuldner zu fordern haben wird“; dies letztere constitutum macht alle späteren Veränderungen der Hauptobligation mit. Es ist also grade die mit der fideiussio zusammenfallende Form des constitutum auch rücksichtlich des Fortbestehens accessorisch (s. Bruns in der Z. f. R., S. 99—100).

Die Gegner vorweisen ferner darauf, dass ja auch die Aufhebung der Hauptschuld ope exceptionis den Bürgen nicht oder nicht immer befreie. Da wir schon oben Girtanner nachgewiesen haben, dass die Einreden regelmässsig auf den Bürgen übergehen, so brauchen

wir uns hier nur noch mit Hasenbalg (S. 643 fg.) abzufinden. Wir gaben ihm zu, dass es Einreden zu Gunsten des Hauptschuldners giebt, die auf den Bürgen nicht übergehen, z. B. die exceptio pacti de non petendo in personam. Wir geben ihm aber nicht zu, dass nach römischem Recht dieses pactum die Hauptschuld für die rechtliche Beurtheilung als untergegangen erscheinen und den Bürgen schutzlos lässt.

Bleiben doch zum mindesten die Erben des Schuldners verhaftet, hat doch der Bürge mittelbaren Schutz und Nutzen von dieser exceptio durch sein beneficium excussionis (Windscheid, S. 797,15).

Etwas anders liegt die Sache bei denjenigen Einreden, auf die der Bürge beim Abschluss des Vertrages verzichtet hat, gegen die der Gläubiger grade durch die Bürgschaft sicher gestellt werden soll (Hasenbalg, S. 643 unten). In derartigen Fällen z. B. wenn jemand für eine verjährte Schuld oder mit Rücksicht auf eventuelle Restitution sich verbürgt, können wir eine echte Bürgschaft überhaupt nicht oder nur zum Theil anerkennen. Es sind das andersartige Verträge zu Gunsten des Gläubigers und bedürfen daher der besonderen Einwilligung des Bürgen. Ohne diese würden beide Einreden auch dem Bürgen zustehen; gegen das Erfordernis fortdauernder Accessorietät der Bürgschaft beweisen sie nichts.

Ebenso wenig bedeutet die „Analogie des Pfandrechts“ (vgl. Girtanner, S. 501). Denn auch hier sind die Fälle, in denen trotz Untergang der Forderung das Pfandrecht bestehen bleibt, Ausnahmefälle. Dass ausnahmsweise die Bürgschaft nach Untergang der Hauptschuld fortbesteht, z. B. nach Aufhebung der Hauptschuld durch Schuld des Bürgen, das geben wir gerne

zu.; nur wollen wir nicht diese Ausnahmen als Regel anerkennen (vgl. Hasenbalg, S. 644 fg.).

Besondere Schwierigkeiten macht unsern Gegnern der Untergang der Bürgschaft als regelmässige Folge der Confusion zwischen Gläubiger und Schuldner oder zwischen diesem und dem Bürgen. (s. Hasenbalg, S. 637 fg. — Girtanner, S. 581 fg.). Diese Schwierigkeit verleitet Hasenbalg beispielsweise dazu, noch nach Antritt der Erbschaft die Persönlichkeit des Erblassers in ihr fortdauern zu lassen. Man müsse — meint er — die Confusion betrachten als eine Art Zahlung und zu der gehöre ein Zahlungsempfänger und -geber oder hier ein Erblasser und Erbe, beide im Augenblick der Confusion existierend. (s. dagegen Baron, Gesammtrechtsverhältnisse, S. 340: Text und Anmkg. 1). Grosse Schwierigkeiten machen ihnen ferner die vielen entgegenstehenden Quellenstellen, die, wenn auch zum Theil übertrieben, den Regelfall klar erkennen lassen. So heisst es in l. 98 pr. D. de v. o. 45,1: „ea quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere". Ferner in l. 140 § 2, D. eodem: „Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est".

Als Resultat der Untersuchung ergiebt sich, dass regelmässig mit der Hauptschuld auch die Bürgschaft fortfällt. Es ist dabei gleichgültig, ob die Hauptobligation ipso iure oder durch eine total aufhebende Einrede — z. B. die der Verjährung — hinfällig wird.

§ 6.

I. Wir können uns nunmehr der Erörterung der wirklichen oder scheinbaren Ausnahmen zuwenden und

behandeln zunächst den Fall der Befreiung des Hauptschuldners durch Schuld des Bürgen.

1) Die älteren Juristen liessen in diesem Fall auch die Bürgscnaft fortfallen und gaben blos die actio doli gegen den Bürgen; l. 19 D. de dolo 4,3:

„Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur".

2) Später giebt man gegen den Bürgen bei dolus und culpa eine actio utilis, d. h. man betrachtet auch jetzt noch die ursprüngliche Bürgschaftverpflichtung als untergegangen: l. 32 § 5 D. de usur 22,1.

„Item si fideiussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit: sed utilis actio in hunc dabitur.

3) Erst Papinian und Paulus stellen ein neues Prinzip auf: l. 95 § 1 D. de sol. 46,3:

„aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset." l. 91 § 4 D. de v. o. 45,1.

„quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat?" l. 88 D. eodem.

Diese Quellenstellen und ihre Geltung sind unbestritten. Schwierig ist nur die Meinung des Paulus und Papinian mit der accessorischen Natur der Bürgschaft in Einklang zu bringen. Geib (S. 100 fg.) versucht das folgendermassen.

Erst Papinian und Paulus hätten erkannt, dass im vorliegenden Falle die Hauptschuld nur relativ untergegangen sei, dass die Nichtschuld in Ansehung der obligatio fideiussoria als Schuld in Rechnung gezogen werden

müsse. Daher der Hinweis auf den Fortbestand der Bürgschaftsschuld beim unbeerbten Tode des debitor, auf einen Fall, in dem regelmässig die Hauptschuld bestehen bleibt. Mag man Geibs Ansicht theilen oder nicht; jedenfalls geht aus den Worten: „suam obligationem tollat"? hervor, dass der Bürge als solcher verhaftet bleibt, dass wir es trotz des Untergangs der Hauptschuld mit einer echten Bürgschaft zu thun haben. Wenn er nicht grade auf Grund dieser Eigenschaft haftbar wäre, könnte man sich ferner die Thatsache schlecht erklären, dass der culpose Bürge im Gegensatz zu anderen Delinquenten gegen die lex Aquilia unmittelbar dem persönlich Berechtigten schadenersatzpflichtig ist. (vgl. Windscheid II, S. 712—713, Baron S. 563).

II. Wir erwähnten zuvor den Fall des debitor, qui „sine herede decessit," als Beispiel fortbestehender Hauptschuld. Wir werden in folgendem untersuchen, ob dies Beispiel überall richtig ist. Auch die anderen Fälle, in welchen der Hauptschuldner fortfällt, ohne einen Universalsuccessor zu finden, wollen wir in unsere Betrachtung hineinziehen und fragen, ob es nicht auch hier vorkommt, dass die Hauptschuld völlig untergeht und trotzdem die Bürgschaft bestehen bleibt. Im praktischen Leben wird ein Universalsuccessor zumeist nicht fehlen: in das Vermögen dessen, der eine capitis deminutio maxima oder media erlitten oder Erben nicht gefunden hat, pflegt der Fiscus einzutreten. Der Fiscus tritt damit auch ganz oder zum Theil in die Verbindlichkeiten seines Vorgängers ein:

„dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum" (l. 3 pr. D. de cap. min. 4,5). Die Bürgschaft bleibt selbstverständlich bestehen (l. 5 pr.

D. qui satisd. 2,8.). Ebenso bleibt sie bestehen, wenn — nehmen wir an: wegen Ueberschulden des Nachlasses — kein Universalsuccessor eintritt, aber Activvermögen vorhanden ist. Die Hauptschuld geht nicht unter, denn „hereditas personam defuncti sustinet“ (l. 34 D. de a. r. d. 41,1; l. 22 D. h. t.).

Nun kann man sagen (v. Ihering, s. Baron: Gesammtrechtsverhältnisse, S. 338): jeder verpflichtungsfähige Mensch hinterlässt eine hereditas, und mag sie blos aus Schulden bestehen. Dem widerspricht Baron mit Hinweis auf l. 11 D. h. t.:

„Qui contra senatus consultum filio familias crediderit mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent.“ Der Verstorbene hat Schulden hinterlassen, und trotzdem wird eine hereditas nicht angenommen. Es fehlt an jeglichem Passivsubject und eine Bürgenstellung ist ausgeschlossen. Und wenn neue Bürgen nicht mehr bestellt werden können, so müssen auch diejenigen, welche sich bereits vor dem Tode des vermögenslosen Hauptschuldners verbürgt haben, mit dem Wegfall der Hauptschuld frei werden, sagt Geib (S. 87). Wie es scheint mit Recht: denn es heisst in l. 98 pr. D. de v. o. 45,1 „ea quae recte constiterunt resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere“.

Auf unseren Fall angewandt, besagt die Stelle: wenn Universalsuccessor und hereditas fehlen, so wird die vor dem Tode eingegangene Bürgschaft hinfällig, weil die Eingehung einer derartigen Verbürgung nach dem Tode unmöglich ist. Dass wir mit einer solchen Entscheidung praktisch zu traurigen Erfolgen gelangen

würden, liegt auf der Hand. Wir würden dahin kommen, die Bürgschaft aufrecht zu erhalten, wenn jemand ein denkbar bescheidenes, thatsächlich bedeutungsloses Aktivermögen hinterlässt, sie für hinfällig zu erklären, wenn auch dieses Minimum fehlt; dahin kommen, demjenigen Gläubiger, welcher bereits durch das Fehlen der hereditas benachtheiligt ist, die letzte Möglichkeit zu nehmen, einen rechtmässigen Anspruch durchzusetzen. Wir würden dem Willen der Parteien, dem Zweck des Rechtsgeschäfts entgegen handeln, denn die Bürgschaft soll den Gläubiger gegen den Mangel der Zahlungsfähigkeit schützen; und wann ist dieser ausgeprägter gegeben als in unserem Fall.

Glücklicherweise lässt sich die l. 98 pr. cit. als falsch, als Uebertreibung eines richtigen Prinzips nachweisen. Wir erinnern an die Befreiung des Hauptschuldners durch Schuld des Bürgen: die res debita ist untergegangen. Die Eingehung einer Haupt-, einer Bürgschaftsschuld über eine bereits untergegangene Sache ist unmöglich; und doch bleibt die Bürgschaft, nachdem die Möglichkeit, sie einzugehen, durch Schuld des Bürgen geschwunden ist. Die Regel ist damit durchbrochen, es wird allein von den einschlägigen Quellenstellen abhängen, ob man auch dann, wenn weder Universalsuccessor noch hereditas vorhanden ist, den Bürgen haftbar bleiben lässt.

Diese Stellen sind folgende:

1) l. 95 § 1 D. de sol. 46,3: „fideiussor . . . tenebatur, si debitor sine herede decessisset.“

2) l. 1 § 14 D. dep. 16,3:

„plane sic fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, ... quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque

heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret? tenebitur ergo . . . .

Beide Stellen sprechen ganz allgemein von einem debitor, der keinen Universalsuccessor findet, und nehmen den Fall, dass jemand wegfällt, ohne eine hereditas zu hinterlassen, nicht aus. Vergleichen wir mit ihnen zur Beurteilung ihrer Ausdrucksweise die l. 22 D. h. t.:

„Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur".

Hier handelt es sich um eine Hauptschuld, deren einziges Passivsubject vorläufig die hereditas ist. Ob ein Erbe sie antreten wird, ist noch unbestimmt. Die Bürgschaft wird nur deshalb für gültig erklärt, weil eine hereditas vorhanden ist. Wenn also die beiden zuvor erwähnten Stellen von dem Erforderniss einer hereditas absehen, so kann man sie entweder für zu allgemein gehalten, in dieser Allgemeinheit für falsch erklären, das Erforderniss der hereditas von der zuletzt behandelten l. 22 cit. auf sie übertragen, oder wir müssen in der Allgemeinheit ihrer Aussprüche einen neuen Gedanken, eine wirkliche Ausnahme von den Bürgschaftsprincipien anerkennen. Und hierzu berechtigt uns, wie schon oben ausgeführt, der Zweck des Bürgschaftsvertrags, die Nothwendigkeit, den Gläubiger gerade für den Fall zu sichern, wo die Insolvenz des Hauptschuldners — weil er keine Erben findet und keine hereditas hinterlässt — definitiv und für alle Zukunft feststeht. An einen Hauptschuldner, der gar kein oder überschuldetes Activvermögen zurücklässt, müssen unsere Stellen schliesslich auch deshalb gedacht haben, weil jeder andere Debitor regelmässig irgend einen Successor haben wird.

Dieselben Folgen wie beim Tode können bei der capitis deminutio maxima et media des Hauptschuldners eintreten. Nehmen wir z. B. an, der Haussohn in der l. 11 D. h. t. cit. würde, statt zu sterben, zur Verbannung verurtheilt. Eine Vermögensconfiscation tritt nicht ein, weil kein actives Vermögen vorhanden ist. Die Schulden gehen nicht über auf den Staat, sondern sie fallen fort. Trotzdem würde eine bereits früher bestellte Bürgschaft giltig bleiben:

„Si vero pro condemnato fideiusserit et condemnatus . . . . . civitatem Romanam amiserit, recte nihilo minus cum fideiussore eius agetur“ (l. 5 pr. D. qui satisd. 2,8).

Für unser heutiges Privatrecht ist die capitis deminutio maxima et media bedeutungslos und damit die Lehre vom Untergang der Hauptschuld und Fortbestand der Bürgschaft für diesen Fall unpractisch geworden.

III. Wir kommen zu einem neuen Abschnitt, zu dem Fall, dass die Hauptschuld durch eine Einrede, auf welche der Bürge im voraus verzichtet hat, völlig untergeht und die Bürgschaft bestehen bleibt. Wir behandeln als Beispiel die in den Quellen erwähnte Einrede aus der restitutio in integrum des Hauptschuldners. Auch sie geht — wenn erst dem Hauptschuldner bewilligt — regelmässig auf den Bürgen über (l. 7 § 1 D. de exc. 44,1; Burchardi, S. 408—416, 570—585).

Die inneren Gründe dieses Uebergangs sind bereits bei der allgemeinen Erörterung der Streitfrage im ersten Hauptabschnitt zusammengestellt; wir glauben daher hier von einer besonderen Widerlegung unserer Gegner, welche die Einrede den Bürgen zum Theil völlig versagen (Hering, S. 393, Nr. 113), zum Theil

nur bei Regressrecht zubilligen (Girtanner, S. 525; Geib, S. 141), absehen zu dürfen und wenden uns zur Besprechung des Ausnahmefalls. Dieser findet sich in folgenden Stellen:

1) l. 13 pr. D. de min. 4,4:

„itaque si cum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio" . . .

Der Gläubiger will ursprünglich wegen der Gefahr späterer Restitution mit dem Minderjährigen nicht contrahieren. Erst nachdem diese Gefahr beseitigt ist, nachdem sich ein Bürge gefunden hat, der Schutz gerade auch hiergegen verspricht, kommt der Hauptvertrag zu Stande. Es muss also der Bürge den Verzicht auf die spätere Einrede zu erkennen geben, eine besondere Erkärung darüber stattgefunden haben.

2) l. 2 l. de fid. min. 2,23.

„Si ea, quae tibi vendidit possessiones [Mommsen setzt freilich das Komma schon hier im Gegensatz zu Burchardi (S. 578) und Hasenbalg (S. 374)] interposito decreto praesidis, aetatis tantummodo auxilio adiuvatur, non est dubium fideiussorem ex persona sua obnoxium esse contractui: verum si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse, manifesti iuris est utrique personae tam venditricis quam fideiussoris consulendum esse.

Auch hier ist aus dem ganzen Zusammenhang zu entnehmen, dass der fideiussor gerade zur Sicherung gegen eine mögliche Restitution sich verbürgt hat. Freilich ist der Thatbestand des Verzichts nur unvollkommen dargestellt. Es ist nämlich blos gesagt, dass der Verkauf unter Beobachtung aller für derartige Veräusserungen erforderlichen Formalitäten — „interposito

decreto praesidis“ — vor sich gegangen war, also die Parteien um die Minderjährigkeit der Hauptschuldnerin wissen mussten. Man darf daraus noch nicht schliessen, dass das Wissen um die Minderjährigkeit allein schon den Verzicht enthalte, und, weil eine besondere Erklärung hier nicht erwähnt wird, diese bedeutungslos sei. Diesem Schluss wiederspricht zunächst der Umstand, dass es sich hier um eins der vielfach unvollständigen Kaiserrescripte handelt, und ferner die nunmehr folgende Stelle aus Paulus:

3) Paulus sent. recept. I 9 § 6, (bei Hasenbalg S. 372):

„Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succuratur, ipsi tamen non succurretur“.

Der Bürge hat um die Minderjährigkeit des Hauptschuldners gewusst und — „natürlich in erkennbarer Weise — beabsichtigt“, den Gläubiger grade auch hiergegen zu schützen (Hasenbalg, S. 381; dagegen Burchardi, S. 573). Wenn Paulus das blosse Wissen um die Minderjährigkeit als genügend angesehen hätte, um daraus die Annahme eines Verzichts herzuleiten, so wären die Worte: si id consulto consilio fecit“, überflüssig und missverständlich.

Da wir mit Hasenbalg (S. 362, 372) die l. 95 § 3 D. de sol. 46,3 als Beispiel eines Verzichts auf die spätere Einrede nicht anerkennen können (s. Burchardi S. 574 fg.), so müssen wir auf die Hilfe dieser Stelle verzichten, und wir wenden uns zu der inneren Begründung und Kennzeichnung der in diesem Abschnitt behandelten Bürgschaft zur Sicherung gegen spätere restitutio in integrum. Wir werden dabei auch die Meinung zu begründen suchen, dass ein Verzicht des Bürgen auf die spätere Restitutionseinrede nicht schon

in dem Wissen um die Minderjährigkeit des Hauptschuldners liegt.

Wenn der Bürge ausnahmsweise sich auf die spätere Einrede nicht berufen darf, weil er darauf verzichtet hat, so liegt darin nach unserer Meinung ein über den Zweck und Natur der Bürgschaft hinausgehendes besonderes Abkommen zu Gunsten des Gläubigers (s. Stammler, 38,82; Hasenbalg, S. 377 fg.). Nur soweit die Möglichkeit späterer Restitution die Hauptschuld bestehen lässt, handelt es sich um eine echte Bürgschaft. Der Verzicht des Bürgen ist durchaus nicht nothwendig, und der Einwand, dass eine fideiussio, welche den Gläubiger nicht gegen die restitutio schützen soll, wertlos sei, ist nicht stichhaltig.

Selbst dann, wenn die Betheiligten von dem Bestehen des Restitutionsgrundes — sagen wir, von der Minderjährigkeit des Hauptschuldners — gewusst haben, ist eine beschränkte Verbürgung sehr wohl denkbar. Denn die Gefahr der Restitution ist für einen ehrlichen Gläubiger nur gering:

„nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa minores versati sunt, praetor interponere se non debet“.

Auch wird ein Minderjähriger immer befürchten müssen, durch ein ungerechtfertigtes Restitutionsgesuch seinen Credit zu schädigen. (s. l. 24 § 1 D. de min. 4,4).

Da also eine beschränkte Verbürgung sehr wohl möglich ist, so gehören zu einem weitergehenden Abkommen auf Sicherstellung gegen die spätere Einrede „Umstände, aus denen mit voller Sicherheit auf den Verzicht geschlossen werden kann“ (Hasenbalg, S. 378). Und diese Sicherheit hat man nicht gegenüber dem

blossen Wissen des Bürgen um die Minderjährigkeit des Hauptschuldners.

IV. Während im vorigen Abschnitt die Bürgschaft (ausnahmsweise) bestehen blieb nach dem Untergang der Hauptschuld — wenn schon nicht als echte Bürgschaft — so kommen wir nunmehr zu einem Fall, in dem Bürgschaft und Hauptschuld bestehen bleiben. Es handelt sich um das Zusammentreffen einer schwächeren Hauptschuld und stärkeren Bürgschaftsschuld in derselben Person. Unsere Aufgabe verlangt nur eine negative Besprechung dieses Falls: Es müssen diejenigen Quellenstellen, aus denen man auf den Untergang der Hauptobligation bei gleichzeitigem Fortbestehen der wirksameren Bürgschaftsschuld schliessen könnte, berichtigt oder ergänzt werden. Diese Stellen sind hauptsächlich folgende:

1) l. 13 D. de duob. reis 45,2:

„ubi quidem altera (aliqua) differentia obligationum esse possit ut in fideiussore et reo principali, constitit alteram ab altera perimi.“

2) l. 50 D. h. t.

„quoniam maior (obligatio) tollit minorem“.

Beide Stellen sprechen von dem Normalfall der confusio:

Die Hauptschuld ist mindestens ebenso wirksam wie die Bürgschaftsschuld; diese wird überflüssig und fällt fort. Für diesen Normalfall ist die ganz allgemein ausgesprochene Begründung, dass die wirksamere Obligation die weniger wirksame untergehen lasse, ganz richtig. Dass sie aber nicht passt, wenn die Bürgschaftsschuld wirksamer ist, ergiebt sich aus l. 21 § 2 D. h. t. „Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manu-

misisti . . . . quod si hic servus manumissus fideiussori suo heres existat, durare causam fideiussionis putavit et tamen nihilo minus naturalem obligationem mansuram, ut si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit nec his contrarium esse, quod cum reus fideiussori heres existat, fideiussoria obligatio tollatur quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. retro quoque . . . ".

Die Stelle sagt, dass beim Zusammentreffen einer naturalen Hauptschuld und vollwirksamen Bürgschaftsobligation in derselben Person beide Verpflichtungen nebeneinander bestehen bleiben. Es ist damit erwiesen, dass im Fall der Confusion eine Bürgschaft nach Untergang der Hauptschuld nicht zurückbleibt.

§ 7.

Wir gehen jetzt zu einem neuen Abschnitt über. Es handelt sich in ihm um die Fortdauer der Bürgschaft bei theilweisem Untergang der Hauptschuld.

I. Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit". (l. 60 D. h. t.). Als Beispiel führen wir, da die heutigen Fälle der Naturalobligation entweder gleich bei ihrer Entstehung diesen Charakter annehmen oder sehr bestritten sind, die römische capitis deminutio minima an:

„Hi qui capite minuuntur ex his causis quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter". (l. 2 § 2 D. de c. m 4,5). Und es bleibt nicht nur eine Naturalschuld zurück, sondern ausserdem wird den Gläubigern die volle Klage restituiert (l. 2 § 1 D. eodem) und der Gewalthaber in Höhe der Activa des capite deminutus haftbar (§ 3 J. de acqu. per adr.

3,10). Es ist selbstverständlich, dass der Bürge in diesem Fall als solcher vollwirksam verpflichtet bleibt. Denn die Hauptschuld ist ebenso inhaltsreich geblieben, als sie zuvor war: es haftet der Gewalthaber, es haftet der capite deminutus aus naturaler Hauptschuld und auf Grund restituierter voller Klage.

Aber selbst dann, wenn bloss eine Naturalschuld zurückbliebe, muss man echte Bürgschaft annehmen.

Denn die l. 60 cit. spricht nicht von einem freiwilligen Verzicht des Bürgen auf die spätere Einrede, sondern lässt ihn als solchen mit Nothwendigkeit haften.

Wenn Hasenbalg (S. 345 fg.) sie dahin auszulegen sucht, dass der Bürge ipso iure haftbar bleibe, aber per exceptionem befreit werde, so können wir trotz der von ihm vorgebrachten inneren Gründe gegenüber den schlichten Worten des Gesetzes seiner Auslegung nicht folgen. Nur soviel muss man ihm zugeben, dass es Ausnahmen von dieser Regel giebt, dass zuweilen auch der Bürge sich auf die Umwandlung der vollwirksamen Hauptschuld in eine naturale berufen darf.

Es heisst nämlich in l. 60 pr. D. de c. i. 12,6:

„Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet“. Nach der litis contestatio und nach der (ungerechtfertigten) Freisprechung bleibt die Hauptschuld als Naturalobligation bestehen.

Nun galt aber bis Justinian der Satz: „electione (contestatione contra unum) unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari“ (l. 28 C. h. t. 8,40) und noch heute gilt der andere Satz: „res iudicata secundum alterutrum eorum utrique“ proficit (l. 42 § 3 D. de iureiur 12,2.)

Die (vorjustianische) Litiscontestation mit dem Hauptschuldner und die unrechtmässige Freisprechung desselben kommen dem fideiussor gleichermassen zu Gute.

Wenn wir in diesen beiden Fällen die Hauptschuld als naturale betrachten dürfen, so ist damit die Regel, dass die Umwandlung der vollwirksamen Hauptobligation in eine naturale die Bürgschaftsschuld ungeschwächt lasse, in der Ausnahmslosigkeit ihrer Behauptung durchbrochen (vergl. Unterholzner II, S. 819,e). Eine weitere Ausnahme von der Regel macht Windscheid (S. 799 fg.), indem er dem regressberechtigten Bürgen den gleichen Schutz wie dem Hauptschuldner zuspricht. Eine unmittelbare Bestätigung seiner Ansicht fehlt in den Quellen.

IIa. Wir besprechen im folgenden die Schwächung der Hauptschuld durch später entstehende Einreden aus der Person des Hauptschuldners, auf welche der Bürge bei Eingehung seiner Verpflichtung im voraus verzichtet hat. Es handelt sich hier nicht um eine besondere Art von Einreden, sondern regelmässig kann der Bürge auf alle verzichten. Es liegt alsdann, soweit die spätere Einrede ihm Schutz gewähren könnte, ein besonderes Abkommen zu Gunsten des Gläubigers vor, und nur das Grundgeschäft ist als echte Bürgschaft anzusehen.

IIb. Ganz anders ist zu urtheilen, wenn der Bürge später entstehende Einreden nicht erhalten kann.

Dass diese regelmässig auf ihn übergehen, bedarf nach der allgemeinen Entscheidung dieser Streitfrage im ersten Hauptabschnitt eines nochmaligen Beweises nicht mehr. Die Ausnahmefälle sind im heutigen Recht folgende:

1. Das pactum de non petendo in personam nach l. 5 pr. D. de lib. leg. 34,3 u. nach l. 22 D. de pact. 2,14.

2. Die Einrede des in Konkurs gerathenenen Hauptschuldners aus dem erzwungenen Stundungsvertrag, (vgl. K. O. § 160 fg.; Windscheid II, S. 81).

3. Die Einrede des in Konkurs gerathenen Hauptschuldners aus dem erzwungenen Erlass (K. O. § 160; Windscheid II, S. 366; Baron, Pandekten, S. 485—86).

4. Die Einrede aus dem beneficium competentiae (l. 7 pr. D. de exc. 44,1). Wenn schon der Bürge diese Einreden nicht erhält, so ist und bleibt er trotzdem ein echter Bürge. Gerade in seiner Eigenschaft als solcher darf er sich auf Zwangserlass und Stundung nicht berufen. Die Konkursgläubiger schliessen einen derartigen Vertag nicht ab, um den Schuldner besser zu stellen, sondern um mit einer gewissen Schonung das Meistmögliche von ihm zu erhalten. Und wenn die Lage des Hauptschuldners nicht verbessert werden soll, wenn es Zweck der Bürgschaft ist, die Gläubiger gegen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu schützen, warum sollte dann die Einrede auf den Bürgen übergehen, übergehen in einen Fall ausgeprägter Insolvenz des Hauptschuldners! — Etwas anders muss man sich den Nichtübergang der Einrede aus dem beneficium competentiae und dem pactum de non petendo in personam erklären: das beneficium competentiae hemmt nur die Vollstreckung und lässt die Schuld als solche unberührt fortbestehen. (vgl. Baron, Pandekten, S. 400 fg.; Windscheid II, S. 797,7). Und das pactum de non petendo kann wie jeder andere Vertrag nur soweit zu Gunsten dritter abgeschlossen werden, als dies im Interesse des vertragschliessenden Hauptschuldners liegt (s. l. 23 de pact. 2,14; Baron Kr. V. S. 44). Wenn

also der Hauptschuldner kein Interesse an der Befreiung des Bürgen hat, d. h. wenn diesem das Regressrecht fehlt, so kann die Einrede nicht auf den Bürgen übergehen. Mittelbar hat allerdings auch der nicht regressberechtigte Bürge Schutz und Nutzen von dieser Einrede, indem er Vorausklage verlangen kann.

Litteraturverzeichniss.

1. **Liebe**: in Weiske's Rechtslexikon, Band 5. 1844
2. **Bruns und Eck**: in Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft, Theil I, 1882.
3. **Bruns**: das constitutum debiti in den kleineren Schriften, Band I 1882.
4. **Windscheid**: Lehrbuch d. Pandektenrechts, Band 1 u. 2, 1891.
5. **Baron**: Pandekten 1893.
6. **Arndts**: Lehrbuch der Pandekten, 1886.
7. **v. Vangerow**: Lehrbuch der Pandekten 1869.
8. **Sintenis**: das Gemeine Civilrecht. 1869.
9. **Dernburg**: Pandekten 1894.
10. **Unterholzner**: Schuldverhältnisse, Band 1 u. 2 1840.
11. **Kritz**: das Pandektenrecht, 1835.
12. **Girtanner**: die Bürgschaft nach Gemeinem Civilrecht. Band 1 u. 3. 1851.
13. **Hasenbalg**: Die Bürgschaft des Gemeinen Rechts. 1870.
14. **Geib**: Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftrechts, 1894.
15. **Baron**: in der kritischen Vierteljahrsschrift f. G. und R. Band 16. 1874.
16. **Baron**: Gesammtrechtsverhältnisse im römischen Recht. 1864.
17. **von Helmolt**: Die Correalobligationen. 1857.
18. **Hering**: tractatus amplissimus de fideiussoribus. 1724.
19. **Burchardi**: Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831.
20. **Zimmern**: über Intercession durch Mandat und Constitutum in den römisch-rechtlichen Untersuchungen f. W. u. A. 1821.
21. **Gesterding**: Alte u. neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. 1818
22. **Bähr**: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1867.

23. **Sokolowski**: Die Mandatsbürgschaft nach römischem und Gemeinem Recht. 1891.
24. **Stammler**: Der Garantie-Vertrag im Archiv f. d. Civilistische Praxis. Band 69 (neue Folge 19). 1885.
25. **Rothenberg**: Der Creditauftrag im Archiv für die Civilistische Praxis. Band 77 (n. F. 27) 1891.
26. **Gruchot**: Glossen zum A. L. R. in Gruchot's Beiträgen . . . Jahrgang 16 (n. F. 1). 1872.
27. **Motive** zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 1888.
28. **Seuffert's** Archiv f. E. d. o. G. i. d. d. St. Band 2 und 27. 1849 und 1873.